

Nelson Rosenvald

A RESPONSABILIDADE CIVIL pelo Ilícito Lucrativo

O disgorgement e a indenização restitutória

2ª edição revista, atualizada e ampliada

2021

A topografia da restituição pelo lucro ilícito

“O instituto da responsabilidade civil é essencialmente dinâmico e tem que estar dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio, o procedimento pelo qual, frente a nova técnica, novas conquistas, novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito à custa do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes” (José de Aguiar Dias).

1. A MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Novos problemas e velhos remédios

Em todo o percurso desse livro procuramos assentar as bases doutrinárias e jurisprudenciais sobre a restituição de lucros ilícitos. Nas diversas jurisdições da *common law* essa já é uma realidade, com sólida literatura jurídica e importantes decisões que, em certas circunstâncias, infirmam a possibilidade de o demandante substituir a indenização compensatória de danos pela remoção de ganhos indevidos (ou pela estipulação de um preço razoável pelo uso ou disposição de um bem alheio).

A resistência à restituição por lucros ilícitos – ou de forma mais ampla, o preconceito contra qualquer condenação não compensatória – é uma característica compartilhada pelos diversos sistemas jurídicos da *civil law*. *Punitive damages* são excluídos como temática exclusiva de direito penal e *gain-based damages* rechaçados por indevida intromissão no campo do enriquecimento sem causa.

Apenas recentemente as jurisdições da *common law* começaram a reconhecer que a compensação de danos é o principal, mas não o único remédio presente na responsabilidade civil. Mesmo em países que compõem a tradição da *civil law*, a noção de que a fronteira da responsabilidade civil se encontra nas perdas da vítima vem sendo fustigada de forma flagrante. Se o remédio punitivo continua sofrendo graves resistências, pelo receio de uma indevida substituição da bilateralidade e corresponsabilidade inatas à responsabilidade civil, vimos que tal oposição de ordem filosófica não se aplica à introdução de uma condenação monetária que tenha como objeto os benefícios econômicos auferidos pelo ofensor com a prática do comportamento antijurídico.

Some-se a isto o contexto socioeconômico e cultural do século XXI. Vivemos em sociedades plurais e complexas, cujos danos injustos se multiplicam quantitativamente e se refinam qualitativamente, pela inserção diária de novos riscos sobre a esfera patrimonial e existencial de cada pessoa. Riscos não apenas oriundos das atividades econômicas que expõem a coletividade a lesões já conhecidas e dimensionadas, porém “unknown risks”. O que dizer, ilustrativamente, dos riscos que emergem da nanotecnologia, softwares, robótica e engenharia genética? A empresa Google poderá em breve ser responsabilizada por acidentes envolvendo carros sem motoristas?¹

Outra evidente percepção que deriva da pós-modernidade é a franca preponderância da propriedade imaterial sobre a tangível.

1. O debate é árduo. Nos sistemas presididos pela responsabilidade subjetiva, a previsibilidade do fato lesivo é um requerimento da culpa. Assim, não seria possível atribuir a alguém

Com efeito, vivenciamos a realidade plural das “propriedades”. O fracionamento das titularidades intangíveis como fato jurídico dinâmico encontra abrigo na Constituição Federal, mais precisamente dentre os direitos fundamentais e/ou no setor da ordem econômica, a partir daí se disseminando para os microssistemas (propriedade autoral, ‘software’, patentes, etc.). Em contrapartida, o estático “direito das coisas” do Código Civil reflete a tradicional propriedade (i) mobiliária centrada nas faculdades de usar, fruir, dispor e reivindicar, como ressaí do art. 1228 do Código Civil. No “big bang” das propriedades contemporâneas, a propriedade radicada no domínio e posse de objetos materiais é apenas a ponta do ‘iceberg’ de um vasto acervo de propriedades cujo núcleo migrou da posse de coisas para a titularidade de créditos. Como elemento comum das mais diferentes situações jurídicas proprietárias, pode-se dizer que o núcleo duro da titularidade no primeiro quartel do século XXI consiste na faculdade do proprietário extrair uma utilidade privada do bem.

Consequentemente, enquanto a minha propriedade sobre uma fazenda só pode ser objeto de domínio de uma pessoa – eis que a

a obrigação de indenizar, quando a informação sobre o provável risco de um dano não estava disponível. Mas quando um risco pode ser considerado previsível por um “homem razoável”? Diferente seria se o risco fosse conhecido, mas dificilmente evitável ou controlável. Nesses casos a responsabilidade por culpa pode ser atribuída quando certas precauções para minimizar os riscos não são adotadas, face a uma omissão quanto aos standards de razoabilidade, relacionados aos deveres de cuidado, proteção e informação, conforme o “estado da arte”. Em contrapartida, pela teoria objetiva, o réu poderá ser considerado responsável pelos danos causados por riscos desconhecidos quando relacionados a uma causalidade incerta. Isso dependerá da distribuição do ônus da prova, se o demandante não tiver condições de provar causalidade e o réu, a seu turno, não for capaz de identificar o evento que interrompeu o nexo causal entre o dano e a sua atividade. Já na perspectiva da law and economics, esse é um tópico desafiador por envolver uma falta de informação sobre os riscos envolvidos. A análise econômica do direito foca nos incentivos que a responsabilidade civil pode prover para conduzir os atores envolvidos a adoção de melhores práticas e decisões sobre o nível de cuidados e de atividade, em ordem a alcançar uma desejável distribuição de riscos. Nesse trade-off entre o estímulo à técnica e a tutela da integridade psicofísica, o que se questiona é se ao invés da responsabilidade civil, não seria melhor que houvesse uma regulação pública capaz de lidar melhor com as externalidades negativas, tal como já ocorre com os seguros obrigatórios para acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

minha fruição excluirá a de terceiros –, o mesmo já não poderá ser dito sobre a minha propriedade intangível. Um *software* ou uma patente são bens jurídicos que podem ser fruídos simultaneamente por vários não titulares como uma potencialidade incomensurável de ganhos, sem que o proprietário possa se defender ou mesmo sem que se dê conta da violação a seu direito.

E quando falamos de violações a direitos, sejam estes de ordem unicamente econômica, ou a bens jurídicos existenciais, como a honra ou intimidade, já não mais em um contexto de ofensas individuais eventuais, porém, de sistemática e difusa violação a toda sorte de interesse protegidos, parece-nos insuficiente reduzir à resposta da compensação de danos tudo o que o ordenamento possa oferecer ao autor da demanda de responsabilidade civil.

Enfatizamos as pragmáticas soluções remediais adotadas prevalentemente pela Inglaterra e Estados Unidos, pois as ideologias, filosófica e política que formaram as bases jurídicas da família anglo-saxônica colocam o indivíduo como importante agente de transformação social, em sentido contrário à ainda imponente distinção entre público e privado, sempre pronunciada na família romano-germânica. A abertura das jurisdições da *common law* para evolução social podem explicar a criatividade de suas soluções jurídicas. A sua proximidade ao cotidiano, metodologia e sistema de fontes é mais propícia à dinâmica da globalização, como percebemos nos contratos internacionais e na arbitragem transnacional. Daí a importância do “private enforcement” também no âmbito da responsabilidade civil, remetendo-se questões privadas de remoção de ganhos indevidos para o interno do direito civil, ao invés do socorro a sanções administrativas e penais sob a justificativa de que o direito privado reduz o seu campo de atuação ao “direito de danos”.²

2. Como bem coloca Henrique Souza Antunes, “em um tempo em que ações danosas possuem repercussão global, a exposição a práticas ilegais e a necessidade de prevenção geral e especial a comportamentos repreensíveis é um caminho mais adequado a ser percorrido pela própria vítima, chamada a exercer uma importante função social. Considerar o direito

No âmbito de um ordenamento jurídico unitário, amparado no princípio da máxima atuação da Constituição, já não mais se tolera um sistema jurídico compartimentalizado. Os diversos ramos do direito rompem as extremas desenhadas pela dogmática jurídica, em prestam princípios e técnicas e recebem outros em troca, com o objetivo maior de alcançar soluções reais de tutela à pessoa humana e um contexto global volátil e incerto. Na passagem do singular ao plural (a propriedade/as propriedades; a família/as famílias), cumpre também verificar a transposição do ilícito para os ilícitos, com a exaltação de um perfil funcional da responsabilidade civil, superando-se o esquema bipolar da responsabilidade aquilina (dano patrimonial/moral). A sanção civil de finalidade preventiva primária se instala no binômio pessoa e mercado. Como ensina Natalino Irti, o direito se apropria destes conceitos para decompor a pessoa na pluralidade de seus interesses singulares e de converter a naturalidade do mercado na artificialidade de um instituto jurídico. Desta forma será possível selecionar os interesses merecedores de tutela que expressem uma ordem de convivência em que o mercado seja um local em que a nossa existência se desenvolva.

1.2. Do monopólio compensatório à função punitiva

As responsabilidades civil e criminal compartilham as mesmas raízes no direito romano. Aquela se desenvolveu a partir de uma espécie de “lei criminal privada”, que passou a ser cumulada com ações “rei persecutoriae”, cujo objetivo era a compensação de danos. Em suma, havia uma hibridez entre os espaços reservados ao direito civil e ao direito penal, sendo que o mesmo magistrado estava autorizado a condenar o réu pelo crime e quantificar a obrigação de indenizar (algo que ocorre até hoje em países como a Espanha e, mesmo no

por uma perspectiva transnacional significa rever o alcance da soberania, adaptando-se a dispersa natureza geográfica dos interesses envolvidos e também a essência individual dos danos causados”. In: *Comentários ao Código Civil – Direito das obrigações*, p. 185.

Brasil, de uma forma mitigada, com a previsão do “mínimo reparatório” pelo art. 387 do CPP, a partir da reforma de 2008).

Todavia, desde o código napoleônico, tornou-se lugar comum nas diversas jurisdições que compõem a *civil law*, a segregação das esferas de responsabilidade. A necessidade de segurança jurídica forjou uma fictícia dicotomia, pela qual a responsabilidade civil cuidaria do “passado”, procurando reparar as consequências danosas de um comportamento antijurídico – transferindo os danos da vítima ao patrimônio do ofensor –, enquanto a responsabilidade penal miraria o “futuro”, penalizando-se o ofensor para desencorajar a sua reincidência e enviar uma mensagem a outros potenciais ofensores, desestimulando-os da prática de condutas ilícitas semelhantes. Essa compartimentalização em “caixas” das funções atribuíveis as duas esferas de responsabilidade continua prevalecente na Europa continental e Brasil, ampliando-se o fosso com a consagração da responsabilidade objetiva, na medida em que a imputação objetiva exclui a discussão da antijuridicidade do comportamento danoso, o que enfatiza a tese de que a responsabilidade civil apenas deve se preocupar com a pessoa da vítima pelo viés da neutralização de danos, deixando a contenção do ofensor por conta da responsabilidade penal.

Savigny e Ihering influenciaram decisivamente a cultura jurídica ocidental. Estavam quase sempre em lados opostos, notadamente no que tange à teoria da posse e a necessidade da codificação na Alemanha. Todavia, compartilhavam uma visão finalista do direito, ambos conferindo um caráter penal à responsabilidade civil, cuja finalidade deveria não se limitar à compensação de danos, porém, conjuntamente assumindo feição retributiva e de desestímulo à prática de ilícitos. Na fundamental obra “A Luta pelo Direito”, Ihering foi enfático quanto à crise do paradigma compensatório da Europa Continental, considerando que um sistema de responsabilidade civil exclusivamente baseado em reparação de danos poderia ser suficiente em coletividades arcaicas, nas quais indenizações seriam esporadicamente fixadas com base em atos isolados. Todavia, em sociedades complexas (e ele se referia à Alemanha do último quartel do século XIX!), nas quais

os ilícitos tendem a ser cometidos em série, ou por infratores que realizam as mesmas atividades, a insistência no monopólio da função compensatória pouco ajudaria a conter futuros comportamentos antissociais do autor do ilícito ou de outros agentes econômicos. No fundo, Savigny e Ihering remeteram para a filosofia da responsabilidade civil as noções dicotômicas apresentadas por Aristóteles (Ética a Nicômaco) da justiça corretiva – que se preocupa meramente com o restabelecimento de uma igualdade hipotética (função compensatória) e da justiça distributiva, a introduzir uma funcionalização da responsabilidade com base em critérios como o da virtude ou mérito.

Esse raciocínio abrangente se aproxima das práticas nas diversas jurisdições da *common law*, o que, paradoxalmente, remete-as muito mais ao direito romano clássico, do que a contrapartida da Europa Continental. Seja com a expressão “exemplary damages” (Reino Unido) ou “punitive damages” (EUA) – em menor grau na ilha continental e com ampla desenvoltura nos 50 estados americanos –, defer-se um remédio monetário de caráter punitivo em complemento à recomposição das perdas patrimoniais e existenciais das vítimas, sempre em caráter extraordinário e como “last resort” para a deficiência da sanção reparatória, nos casos em que o comportamento do agente é particularmente ultrajante, seja por uma atuação dolosa ou por uma extrema desconsideração com relação à pessoa da vítima, pela reiteração de práticas antijurídicas ou pelo rebaixamento da condição humana do ofendido. Apesar da habitual difusão pela imprensa de condenações milionárias, a Suprema Corte dos Estados Unidos impõe aos *punitive damages* as mesmas limitações constitucionais aplicáveis às penas criminais, em termos de proporcionalidade e repúdio ao “double jeopardy” (“bis is idem” pelo mesmo ilícito), impondo a necessária moderação à quantificação de danos, contendo a discricionariedade de jures e juizes.

Porém, os países que compõem a *civil law* repudiaram toda essa rota histórica. Não apenas a França (como já referido), mas a própria Alemanha em seu processo de codificação rejeitou o “sistema de gradação”, pelo qual o montante condenatório não se limitaria à

extensão de danos, posto também sensível à gradação da culpa, quanto mais repreensível se tornasse a conduta do agente. Os arquitetos do BGB consideravam que essa seria uma perigosa introdução de raciocínios morais e pragmáticos no seio da responsabilidade civil, ferindo o caráter puramente técnico e asséptico do princípio compensatório pelo qual a reparação jamais poderia exceder a função de neutralização dos danos sofridos pela vítima.³ Evidentemente, a dobradinha França e Alemanha fez escola não apenas na Europa, como na América Latina.

O problema é que a vida real é muito mais rica do que as categorizações abstratas forjadas em laboratórios. Se de um lado o ordenamento jurídico hostiliza a aplicação de penas civis monetárias, por outro, diante da necessidade concreta de desestímulo de ilícitos, notadamente no campo da violação da propriedade imaterial, relações de consumo e violações a direitos da personalidade, a jurisprudência brasileira recorre a uma criativa via oblíqua da “hipertrofia” do dano moral, para transcender o seu viés puramente reparatório de lesões existenciais, “anabolizando” a sua quantificação, sob o fundamento de uma pseudofinalidade punitiva, com fundamento na extrema reprovabilidade do comportamento do ofensor e em sua portentosa condição econômica. Trata-se de um portentoso equívoco, pelo fato do artigo 944 do Código Civil limitar a indenização (seja patrimonial

3. Com certa ironia é possível constatar que nada melhor do que um inimigo comum para reconciliar dois desafetos. Quando os americanos trazem a abordagem da *law and economics* – com destaque para o magistral trabalho de Guido Calabresi sobre os custos dos acidentes em 1970 – os europeus deixam as suas divergências de lado por uma boa causa. De fato, a análise econômica do direito também se serve de uma finalidade preventiva no campo da responsabilidade civil, utilizando-se de um conjunto de dados empíricos que visam precaver o ilícito *ex ante* e não, ressarcir-lo *a posteriori*. O problema é quando os norte americanos jogam por terra o fundamento moral da responsabilidade civil e asseguram que ao invés da subjetividade do valor da justiça, o controle social da ilicitude se submete a parâmetros de eficiência – e, mais recentemente, de psicologia comportamental –, não há europeu, seja ele inglês, alemão, francês ou italiano, que cogite em abdicar da origem romana comum a toda essa longa trajetória do direito civil. Quem sabe, em benefício geral, um dia essas escolas possam interagir e o melhor de cada área possa ser obtido em prol da mitigação dos graves ilícitos metaindividuais que sobrecarregam as sociedades atuais.

ou extrapatrimonial) à extensão dos danos, vedando a introdução de considerações sobre as vicissitudes do ofensor (sua culpa, comportamento pregresso ou riqueza), o que somente seria possível por uma condenação autônoma a uma pena privada, com base em uma norma que estabeleça critérios objetivos para a imposição de sanções punitivas no âmbito da responsabilidade civil (cláusula geral que ainda não existe).⁴

Enquanto esse dia não chega, nem no Brasil e nem na Europa Continental, as cortes do velho continente continuam denegando o cumprimento e execução de decisões estrangeiras (sobremaneira norte-americanas) que aplicam os “punitive damages”. O argumento é invariavelmente o mesmo: o teto indenizatório consiste nas perdas da vítima, sendo contrária à ordem pública interna qualquer condenação que transcenda esse limite compensatório.

Porém, em julho de 2017 um fato histórico veio a lume. A Corte “suprema di cassazione” da Itália reduziu “a cinzas” toda a artificialidade do modelo monofuncional compensatório.⁵

4. Há um elogiável projeto de alteração do CC, com a inserção no art. 944, do parágrafo segundo, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo primeiro, nos seguintes termos: “Art. 944. (...) § 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. § 2º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.” (NR)
5. Cass. Civ., SS.UU., 05.07.2017, No. 16601. O tribunal reconheceu a exequibilidade de três condenações do Estado da Flórida (USA), que, para além dos tradicionais “compensatory damages”, aplicou “punitive damages” a uma empresa italiana diante de danos físicos causados a motociclistas nos Estados Unidos por acidentes relacionados a defeitos de fabricação de capacetes por ela produzidos. A pergunta realizada na mais alta corte italiana foi a seguinte: É possível, no sistema italiano, prever o pagamento de uma soma superior àquela estritamente necessária a reintegrar o dano, com a específica finalidade de infligir uma pena ao causador do dano? A resposta foi a seguinte: “Deve ser superado o caráter monofuncional da responsabilidade civil, pois lateralmente à preponderante e primária função compensatória se reconhece também uma natureza polifuncional que se projeta em outras dimensões, dentre as quais as principais são a preventiva e a punitiva, que não são ontologicamente incompatíveis com o ordenamento italiano e, sobretudo, respondem a uma exigência de efetividade da tutela jurídica. No sistema italiano a condenação ao pagamento de uma soma superior àquela estritamente necessária a restabelecer o “status quo ante” se configurará somente se houver uma norma “ad hoc”, cuja “fattispecie”, preveja o elemento punitivo”.

Para não ser exaustivo – pois em outra obra tratei especificamente da função punitiva da responsabilidade civil⁶ –, remeto à Rudolf Von Iheringem seu clarividente comentário de 1872, sobre o que se materializaria na Suprema Corte Italiana, 145 anos após: “Mas o que pode o direito oferecer à pessoa lesada, quando se trata do meu e do teu, senão o objeto da disputa ou o seu valor? Se isso fosse justo, poder-se-ia soltar o ladrão, desde que ele devolvesse o objeto roubado. Mas, objetiva-se, ele não só agrediu a vítima, como também as leis do Estado, a ordem jurídica e a lei moral. Será que o devedor, que discorda do preço estabelecido com o vendedor, o locador, que não cumpre o contrato, o mandatário, que trai minha confiança, enganando-me, não fazem o mesmo? Será uma satisfação para mim, se após longa luta com todas essas pessoas, eu nada mais obtiver, senão aquilo que me pertencia desde o início? O perigo que a saída desfavorável do processo lhe trouxe existe para uma perda do que lhe pertence, e para o outro apenas em ter de devolver aquilo que injustamente tomou. A vantagem que a saída possibilita, para um, é o fato de não perder nada, e, para o outro, o de se enriquecer às custas do adversário. Não se estará, assim, exatamente a estimular a mentira mais desavergonhada e dar um prêmio à celebração da deslealdade?”⁷

1.3. Da compensação ao remédio de restituição de lucros ilícitos

Seria plausível admitir no interno da responsabilidade civil uma técnica efetiva de restituição de ganhos ilícitos obtidos em fatos jurídicos específicos? Isto é, para além da compensação de danos da vítima e da punição do agente, poder-se-ia cogitar em uma indenização autônoma voltada à restituição dos ganhos obtidos pelo réu em virtude da prática de um ilícito contra o demandante, independentemente de qualquer aferição respeitante a um eventual prejuízo deste último?⁸

6. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*.

7. IHERING, Rudolph von. *A luta pelo direito*, p. 86.

8. Em sua *summa theologiae*, São Tomás investigou os conceitos de justiça corretiva e distributiva. Enquanto aqui uma coisa é transferida da comunidade para um indivíduo, através

Os princípios fundamentais da moderna indenização foram moldados pela Escola do direito natural sob a influência da teoria da restituição – desenvolvida pela escolástica de Salamanca – que gravita em torno do princípio da reparação integral e a proibição do enriquecimento injusto como ideias motrizes. Afasta-se a partir de então a noção de direito romano de que uma indenização também serviria como meio de punição ao ofensor pela injustiça causada. Esses princípios básicos foram adaptados no século XX para que se ajustassem aos crescentes riscos de responsabilidade em sociedades caracterizadas pelo progresso técnico. Todo esse desenvolvimento recente levou a uma certa fragmentação da indenização assim como uma significativa extensão das suas espécies, com uma renovada atitude perante o intrínseco valor de certos direitos.⁹

O fato é que, de acordo com o estágio civilizatório de cada sociedade, a responsabilidade civil é chamada a exercer uma ou várias funções. Infelizmente, o Brasil ainda é vítima do monopólio da função compensatória da obrigação de indenizar, com esparsas concessões à função preventiva. O ordenamento só é chamado a intervir diante do evento patológico de um dano patrimonial ou moral. Nesse momento, o Judiciário se presta ao papel de transferir os danos do ofendido ao ofensor, conduzindo a vítima à situação jurídica mais próxima ao momento imediatamente anterior à lesão pela reparação integral.

Nada obstante, nas jurisdições da “Common Law” – com destaque para os EUA, Canadá e Inglaterra –, em várias situações relacionadas à prática de ilícitos extracontratuais, violação de deveres de confiança e sigilo, quebras contratuais e infração de propriedade material é dada ao demandante a opção de substituir o remédio da compensação de danos pelo exercício de uma pretensão voltada a

da justiça corretiva uma coisa é transferida de uma pessoa para outra. Em sua análise sobre os remédios que podem restaurar a justiça, que significa alcançar a igualdade (*aequalitas*) entre as partes, São Tomás pioneiramente introduz a ideia de restituição (*restitutio*) ao lado das já conhecidas noções de punição e compensação, há muito teorizadas por Aristóteles.

9. WURMNEST, Wolfgang. *The Max Planck Encyclopedia*, vol. I, p. 447.

suprimir os ganhos obtidos pelo réu como decorrência da prática de um comportamento antijurídico, sem que seja necessário recorrer ao extremo da indenização punitiva. Quer dizer, independentemente de o fato do dano ter ou não existido ou, mesmo que os prejuízos sejam inferiores aos lucros obtidos pelo infrator no exercício da atividade econômica, caso provada a relação de causalidade entre o proveito financeiro e a prática do ato ilícito, aplica-se a máxima “tort must not pay”. O réu é privado dos ganhos ilícitos e esses valores se destinam ao demandante.

Imaginemos duas situações: a) um periódico especializado no ramo de “fofocas” ofende a honra ou a vida privada de uma celebridade; b) uma empresa utiliza uma marca famosa em sua publicidade sem pedir a autorização da titular da propriedade imaterial. No plano do direito positivo, pelo olhar da responsabilidade civil, a resposta será a condenação do infrator pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela vítima. Vale dizer, o teto da reparação será o prejuízo experimentado pelo ofendido em sua órbita econômica e existencial, conforme preconiza o artigo 944 do Código Civil. Qualquer montante que porventura exceda esse teto é tido como um “windfall”, ou um locupletamento indevido da vítima. Contudo, em comum aos dois exemplos, os ofensores obtiveram ganhos financeiros como resultado de práticas ilícitas, que extrapolaram sobremaneira o valor dos danos experimentados pelo autor da demanda. Portanto, a técnica compensatória é idealmente capaz de reequilibrar o patrimônio da vítima sem, contudo, exercer qualquer função de desestímulo perante o réu, que, ilustrativamente, lucrou 100 ilicitamente e pagará apenas 10, ao final de um longo e custoso processo.

No Brasil a tutela compensatória é prestada de duas formas: reparação em espécie (in natura) ou o ressarcimento equivalente ao valor pecuniário da lesão, sem que se leve em consideração em que medida a alteração econômica beneficiou o lesante (art. 948, CC). A seu turno, a restituição de lucros ilícitos se mostra um remédio diferenciado, restaurando o equilíbrio patrimonial por uma forma diversa: enquanto a pretensão compensatória busca repor a vítima ao

estágio pré-dano, a pretensão de restituição de ganhos indevidos objetiva restituir o ofensor ao estágio pré-ilícito.

A tradicional função compensatória tem como desiderato a contenção de danos, sejam eles oriundos de fatos ilícitos (por culpa ou abuso do direito) ou, independente de qualquer ilicitude, quando relacionados ao risco inerente de determinadas atividades (parágrafo único do art. 927, CC). Inexistindo o dano, resta neutralizada a função compensatória da responsabilidade civil. Em contrapartida, a resposta restitutória, despreza o fato jurídico do dano, pois deseja neutralizar o ilícito pela contenção do enriquecimento do ofensor. Ela aponta para duas eficácias: a) a expropriação dos ganhos obtidos pelo demandado que tenham como causa adequada a prática do ilícito; b) a devolução monetária do equivalente ao acesso não consentido a um direito do autor da demanda (mesmo que não tenha resultado em lucro para o ofensor). Em ambos os casos, a responsabilidade civil não mira a pessoa do ofendido, porém a pessoa do ofensor, pois a remoção de seu lucro ou mesmo do valor que não pagou pela fruição do bem alheio resulta em um esforço de desencorajamento de ilícitos lucrativos.

Fundamentalmente, o que diferencia a compensação de danos da restituição de ganhos ilícitos não é o viés funcional, mas sim a abordagem remedial. Tivemos a oportunidade de visitar a filosofia aristotélica, pela qual a justiça corretiva se prende à necessidade de restaurar o equilíbrio (*synallagma*) em uma relação prejudicada por um comportamento injusto. Por muito tempo, prevaleceu a concepção tomística centrada no reequilíbrio com base nas perdas do demandante. Todavia, várias passagens do Digesto confirmam que ninguém pode enriquecer em detrimento e pela lesão a outrem. Em uma análise normativa da restituição por ilícitos por uma perspectiva de justiça corretiva, entende-se que “em detrimento” não significa a causação de uma perda econômica, mas o fato da vítima ser posta em uma situação de injustiça. Uma ação ilícita pode ser prejudicial à vítima, mesmo que não lhe cause qualquer perda patrimonial. Assim, o enriquecimento injusto é consequência de um ilícito que gerou uma

correlatividade que apenas liga a vítima e o ofensor – em que todos os demais membros da sociedade estão excluídos. Esse enriquecimento é um direito da vítima, pois o ilícito criou uma bilateralidade, na qual o agente se beneficiaria de sua própria conduta ilícita se a pretensão da vítima de confiscar os lucros ilícitos fosse obstruída.¹⁰

Em adendo, outro importante aspecto distintivo reside na intensidade da função preventiva em cada um dos remédios. É clássico afirmar que a prevenção de danos é um *by-product* de uma sentença condenatória de danos patrimoniais ou morais. De fato, a indenização a ser paga pelo autor do dano servirá como um desestímulo à reiteração de comportamentos, seja por parte do réu como de outros potenciais causadores de danos. Todavia, ao se aplicar a resposta restitutória de ganhos a eficácia preventiva se intensifica por duas razões: a) ela envia ao ofensor a clara mensagem de que “people should not be allowed to profit from their wrongs”. Ou seja, se o lucro auferido com a exploração da intimidade alheia ou da propriedade intangível de outrem for de 100, esse será o valor a ser pago, independente do dano efetivo da vítima ser de 10, 20 ou mesmo de não ser mensurável. Essa sinalização de desestímulo é claramente percebida por agentes que atuam nas mesmas atividades, com o sentido pedagógico de dissuadi-los a praticar ilícitos lucrativos, pois “a conta não fechará”; b) a intensificação da prevenção é igualmente justificada pela precisão da mensagem: o remédio compensatório se aplica indiscriminadamente a réus que causaram danos injustificados, seja mediante atuação lícita ou ilícita. Portanto, o máximo que haverá em termos de prevenção será uma sinalização de cuidado para aqueles que exercitam atividades que geram riscos excessivos de danos em cotejo com as demais atividades econômicas. Todavia, a prevenção no remédio restitutório é mais direcionada, demandando um fator subjetivo de imputação, alcançando somente potenciais autores de ilícitos, *players* no mercado que tendem a praticar comportamentos antijurídicos tendentes à

10. GIGLIO, Francesco. *The foundations of restitution for wrongs*, p. 195.

obtenção de uma vantagem patrimonial por uma questão de racionalidade econômica, pois o custo-benefício da lógica compensatória estimula esse tipo de comportamento oportunista.

É certo que, quando surge um problema de restituição do lucro obtido pelo autor do ilícito, para muitos, do ponto de vista metodológico, a solução não estaria no interno do sistema da responsabilidade civil, mas no modelo jurídico do enriquecimento sem causa.¹¹ Contudo, tal como ocorre na *common law*, defenderemos a opção mais coerente de remeter à escolha do legislador uma alteração da fisionomia sistemática da responsabilidade civil, já que o fato jurídico do enriquecimento injustificado – ou “sem causa” – é residual, aplicando-se apenas às hipóteses em que inexistente o evento do contrato ou do fato ilícito como “causa” que possa explicar o enriquecimento.

1.4. As duas dimensões da função preventiva da responsabilidade civil

De acordo com Soler, “el derecho no es un sistema de convivencia que se satisfaga con la aplicación de las sanciones, aspira a no tener que aplicarlas; a que se cumplan los preceptos primarios. La sanción no es el precio de la violación”. De fato, se o que se deseja no nosso sistema jurídico é conceder uma destacada função preventiva à responsabilidade civil, existem dois caminhos: ela pode surgir de forma autônoma, independente ou lateralmente à via repressiva da responsabilidade civil, ou então manifesta-se de modo acessório, acoplada à função compensatória, restitutória ou punitiva da responsabilidade civil.

Os remédios tradicionais do direito privado detêm uma característica *post-facto*, pois focam em remediar o dano já materializado.

11. Nessa linha, Helmut Koziol afirma que “the rules of unjust enrichment seem more appropriate than tort law when the gain and not the damage is at stake. It is an unreasonable violation of tort law to use it as a basis for gain oriented claims”. In: *Basic Questions of tort law*, p. 293.

Entretanto, isso não mais será verdade se considerarmos o dever de atuar de forma diligente como fundamental conceito da responsabilidade civil e não o dano em si. O dever de agir com prudência em vista de um potencial dano para outros logicamente precede a responsabilidade por compensá-los. Assim, a aspiração à prevenção de ilícitos por meio de standards *ex ante* é uma forma de aprimorar a efetividade das regras substantivas.

As principais imperfeições do modelo *post-facto* de responsabilidade civil são as seguintes: a um, não satisfaz adequadamente as necessidades daqueles que estão motivados a se valer de pretensões tendo em mente o objetivo de desestímulo; a dois, raramente uma sentença compensatória monitora o comportamento do demandado após a condenação. Na prática isso dependerá, no caso concreto, do efeito preventivo da compensação de danos, algo muito mais “presumido” do que realmente provado. A três, quanto mais longo o lapso temporal entre o ato ou omissão e o remédio, mais fragilizado restará o efeito preventivo pela diluição de incentivos em razão da longa latência remedial; por último, o aspecto *post-facto*, combinado com cláusulas gerais de direito material, ao invés de criar regras claras, pode causar insegurança *ex ante* com respeito à apropriada linha de comportamento devida. Essa incerteza tanto pode gerar comportamentos desnecessariamente defensivos como, em um giro de cento e oitenta graus, condutas indesejavelmente negligentes.¹²

12. Aponta Willem H. Van Boon que “a ideia de ‘ownership of a problem’ concerne a uma específica consequência do paradigma da autonomia privada, pela qual as pessoas não sentem urgência de demandar em juízo para exercer os seus direitos. Ilustrativamente, responsabilidade por lesões ou morte acidental são baseadas apenas na característica *post-facto*. As vítimas não acusam o problema até o instante em que o risco se materializa e as atinge. Vítimas potenciais confiam que fabricantes serão cuidados no design e produção do produto em empregadores que contemplarão em normas de segurança do trabalho e que proprietários de prédios garantirão a solidez da estrutura. Apenas após a causação do ilícito pelo fabricante, empregador e construtor o direito privado se preocupará em responder se o prejuízo poderia ter sido evitado”. In: *Efficacious enforcement on contract and tort law*, p. 19.

Com efeito, muito se comenta sobre a responsabilidade civil, mas pouco se estuda o importante modelo jurídico do fato ilícito. A responsabilidade civil é uma tutela nitidamente repressiva. Por tutela repressiva, em direito civil, entendemos aquela que é posterior ao dano. Ela aguarda a ocorrência da lesão, para só então agir, objetivando a restauração do estado anterior, seja pela via da indenização de danos patrimoniais ou pela compensação de danos morais. Mesmo após o dano, em termos jurídicos a vítima não assume uma preocupação com a reiteração do ilícito, o seu interesse está todo na indenização dos próprios danos. Isso pode parecer óbvio, mas não obstante enfatiza a proeminência de objetivos compensatórios da responsabilidade civil.

Função satisfativa e função preventiva são aspectos distintos, se bem que eventualmente complementares, em um processo de responsabilidade civil. A primeira mira a contenção do dano *in si*. A segunda, o desenvolvimento de mecanismos de contenção do comportamento do ofensor, prescindindo das consequências que concretamente essa conduta possa determinar.

Mesmo que um dia possamos estabelecer uma harmoniosa convivência entre as funções compensatória, restitutória, punitiva e preventiva, o fato é que a responsabilidade civil continuará a desempenhar um papel de desestímulo a comportamentos antissociais ou atividades que imponham riscos anormais a uma coletividade. O receio de uma sanção negativa impele o ser humano a adotar condutas cautelosas no sentido de não violar a esfera econômica ou existencial de um terceiro. Desde Roma o “*neminem laedere*” traduz a eficaz imposição de um dever geral de abstenção. E por qual razão a responsabilidade civil é e sempre foi assim? A resposta reside no senso comum de moralidade humana. É um fato básico que é mais fácil prejudicar os outros do que beneficiá-los. Nossa responsabilidade é baseada na causalidade, assim, sentimo-nos responsáveis por um resultado, conforme a nossa contribuição ativa para ele. Intuitivamente, cremos que somos muito mais responsáveis pelo mal que causamos por nossos atos do que pelos males cotidianos derivados de

nossas omissões. Por isso, todos os deveres morais e obrigações nos impelem a não ofender a incolumidade de terceiros, sem que existam deveres positivos que estimulem os indivíduos ao altruísmo. Tudo isso explica a enorme aversão que temos diante de perdas, sem que haja uma inversa atração pelos ganhos sociais de comportamentos beneméritos, que possam irradiar esperança e solidariedade.

1.4.1. A função preventiva autônoma

Existem remédios com função puramente preventiva. A prevenção, explica Helmut Koziol,¹³ não é a única, nem tampouco a principal função da responsabilidade civil, sendo inapta por si só para gerar uma obrigação de indenizar. Por isso, só será aceita em um sistema jurídico quando houver uma especial justificativa para tanto e se coloquem em adequação ao ordenamento positivo, com um todo. Todavia, o próprio doutrinador reconhece que as regras de aplicação da “injunction” demonstram que o direito privado aceita a função preventiva.

Com efeito, um espaço que ainda está por ser definido dentre as necessidades diferenciadas de tutela no direito brasileiro é o da tutela inibitória, que opera para a prevenção de futuros danos a direitos, com base na mera ameaça de violação do *neminem laedere*, ou ao perigo de reiteração de violação de deveres genéricos.¹⁴ Aqui a tutela

13. KOZIOL, Helmut. *Comparative report and conclusions, in Punitive damages: common law and civil law perspectives*, p. 292. Como pontua o autor, “Because if prevention were the decisive aim of tort law, it would be unreasonable to require the occurrence of a loss in order to establish liability”, p. 290.

14. Adolfo di Majo explica que a tendência do direito europeu é a de substituir a ideia de “tutela de direitos” por “tutela de interesses”, no qual assumem protagonismo os “remédios” da common law. É um tema que imbrica com a noção de transversalidade, ou seja, de proteção de direitos por uma via distinta da habitual: os remédios possuem um componente de “auto-referenzialità”, no sentido de dispensar pontos de referência externos respeitantes aos interesses do sujeito por eles protegido. Isto é, os remédios precedem aos direitos e todo o direito civil se torna um direito remedial, no qual as posições de direitos subjetivos não são outra coisa que não a consequência dos remédios. Portanto, prevalece o princípio da efetividade. In: *La tutela civile dei diritti*, p. 172.